

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges

De Locht, Priscilla

Published in:

Le commerce électronique européen sur les rails? : Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique

Publication date:

2001

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Locht, P 2001, Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges. Dans *Le commerce électronique européen sur les rails? : Analyse et propositions de mise en oeuvre de la directive sur le commerce électronique*. Cahiers du CRID, Numéro 19, Académia Bruylant, Bruxelles, p. 327-362.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

SECTION 2

LES MODES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES LITIGES

Priscilla DE LOCHT

INTRODUCTION

610. L'objectif de l'article 17 de la directive est de permettre une utilisation effective des mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges, en particulier par voie électronique⁷¹¹. A cette fin, il impose aux États membres de *“veille(r) à ce qu'en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés”*.

611. L'origine de cette obligation réside notamment dans le fait que *“certaines mesures judiciaires ou extrajudiciaires qui peuvent être prises pour faire face à des comportements illicites ou à des litiges sur Internet ne sont pas toujours suffisamment efficaces ou adaptées pour pouvoir convaincre les prestataires de fournir des services et les destinataires, en particulier les consommateurs, de les utiliser”*⁷¹².

612. L'Europe, soucieuse de promouvoir la confiance des consommateurs et par là même de développer le commerce électronique, souligne la nécessité pour les consommateurs de pouvoir régler leurs litiges de manière efficace et adéquate par la voie de procédures extrajudiciaires ou d'autres procédures comparables.

613. Afin d'encourager le développement du commerce électronique et de lui donner une certaine effectivité tout en assurant un haut niveau de protection des consommateurs, la directive veut garantir de meilleurs moyens de recours en rendant possible l'utilisation en ligne des

⁷¹¹ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1999) 427 final, p. 29.

⁷¹² Exposé des motifs de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur présentée le 18 novembre 1998 par la Commission, COM (1998) 586 final, p. 13 (cité, en abrégé, exposé des motifs ou commentaire article par article, avec indication de la page).

mécanismes extrajudiciaires de règlement des différends⁷¹³. Dans cette optique, elle impose aux États membres de supprimer ou de modifier dans leurs législations les obstacles à cette utilisation.

614. Nous proposons dans une première partie de décrire brièvement les différents modes de règlement extrajudiciaire des litiges. Au fil de ces considérations, nous constaterons que ces différents modes gravitent essentiellement autour de trois notions: médiation, conciliation et arbitrage. Dans une seconde partie, nous développerons ces notions et les appliquerons au commerce électronique dans le contexte de l'article 17, § 1^{er}, de la directive. Enfin, nous commenterons les paragraphes 2 et 3 de l'article 17 de la directive. Dans ce cadre, nous examinerons les garanties procédurales que les organes de règlement extrajudiciaire des litiges doivent observer et nous suggérerons brièvement les moyens que l'État pourrait mettre en œuvre afin d'assurer le respect de celles-ci.

I. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LES MODES DE RÈGLEMENT EXTRAJUDICIAIRE DES LITIGES

615. Apparue au siècle dernier aux États-Unis, la notion de “*Alternative Dispute Resolution*” (ADR) ou de “*modes alternatifs de résolution des litiges*” désigne le “*processus de négociation qui, sous des appellations diverses, et souvent grâce à l'intervention d'un tiers neutre et indépendant – médiateur ou conciliateur – tend à recueillir l'adhésion des parties en litige à un accord ou à une transaction qui règle leurs différends*”⁷¹⁴. A strictement parler, cette notion n'englobe pas l'arbitrage (volontaire ou forcé)⁷¹⁵. L'approche européenne de la notion de “*Alternative Dispute Resolution*” se distingue cependant de l'approche américaine en ce qu'elle inclut l'arbitrage en tant que mode de règlement extrajudiciaire des conflits. En effet, la recommandation de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges vise les

⁷¹³ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, Exposé des motifs, COM (1998) 586 final, p. 18.

⁷¹⁴ J. EL-HAKIM, “Les modes alternatifs de règlement des conflits dans le droit des contrats”, *R.I.D.C.*, 1997, p. 347.

⁷¹⁵ La Chambre de Commerce Internationale définit l'ADR comme “*l'ensemble des moyens permettant de prévenir ou de régler les différends ou désaccords commerciaux, en ayant recours à un tiers, sans passer par les tribunaux étatiques ou l'arbitrage*”. Voy. B. HANOTIAU, “Les méthodes alternatives de résolution des litiges”, in *Quel avocat pour le 21^e siècle ?*, ouvrage collectif sous la direction de L. MARLIÈRE, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 142.

modes de règlement des litiges par l'intervention active d'une tierce personne qui propose ou impose une solution⁷¹⁶.

616. Les modes alternatifs de résolution des litiges présentent de nombreux avantages par rapport à la procédure judiciaire classique :

- la célérité,
- l'absence de formalisme,
- la confidentialité,
- le coût raisonnable de la procédure,
- l'économie de débats purement juridiques ou processuels (conflits de loi ou de juridiction, procédure),
- la recherche d'une solution qui satisfait à l'équité et aux intérêts économiques des parties,
- la préservation des susceptibilités des États ou des particuliers qui ne désirent pas être entraînés devant un tribunal,
- la disponibilité du tiers par rapport au juge qui est astreint aux contraintes d'un rôle encombré ou au respect d'horaires fixes d'audience,
- l'opportunité de ne pas être tenu par le carcan des règles de preuve du système juridique du for mais de pouvoir élaborer ensemble (arbitre et parties) la procédure de réception des preuves la mieux adaptée au cas particulier,
- etc.

En raison de ces nombreux avantages, ces modes de résolution des litiges, qui connaissent un succès important aux États-Unis depuis plus de vingt ans, gagnent peu à peu le continent européen. Des centres de médiation et d'arbitrage fleurissent dans différents secteurs particulièrement affectés par les inconvénients et la lourdeur du système judiciaire.

617. Les modes de règlement alternatifs de litiges sont nombreux et divers. Ils ont pour point commun de se dérouler en dehors des cours et tribunaux étatiques. Outre la médiation, la conciliation et l'arbitrage qui sont les plus connus, il existe toute une série de méthodes de règlement des litiges qui consistent soit en une variante, soit en une combinaison de ces trois modes.

618. La conciliation et la médiation sont très similaires et les distinguer est malaisé. Toutes deux supposent l'intervention d'un tiers, neutre et

⁷¹⁶ Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, DG XXIV, 30 mars 1998, disponible à l'adresse : http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just02_fr.html.

indépendant, qui tente de rapprocher les parties, d'examiner les solutions possibles et d'aider les parties à aboutir à un accord qu'elles considèrent mutuellement comme acceptable.

Selon certains, le rôle du conciliateur se limite à aider les parties à chercher un accord sans proposer de solutions, tandis que le médiateur va au-delà de la simple conciliation en proposant des solutions au règlement du différend. Le médiateur est en quelque sorte un “conciliateur particulièrement actif”⁷¹⁷. Pour d'autres, le médiateur, à l'inverse du conciliateur, s'abstient de faire des recommandations⁷¹⁸.

Quoi qu'il en soit dans l'un et l'autre cas, le but ultime de ces processus est de pacifier un conflit et d'aboutir à une solution. En définitive, “la meilleure définition de la médiation et de la conciliation est négative, à savoir qu'elles ne visent pas à trancher un litige par une décision revêtue de l'autorité de chose jugée mais à trouver une solution à ce litige par un arrangement amiable”⁷¹⁹. Nous utiliserons ces termes en considérant le rôle actif du conciliateur/médiateur selon l'optique de la recommandation 98/257 qui vise le règlement du litige par la proposition d'une solution et non la simple tentative de rapprochement des parties.

619. L'arbitrage est une méthode privée de résolution des litiges aux termes de laquelle les parties confient volontairement la résolution définitive de leur différend à des arbitres privés⁷²⁰. C'est un “mode de juridiction non-étatique, à base conventionnelle (convention d'arbitrage) par lequel les parties choisissent une ou plusieurs personnes privées (les arbitres); le tribunal arbitral généralement composé d'un ou de trois arbitres, est investi de la mission de juger, au besoin en équité (amiable composition)⁷²¹), le différend qui les oppose”⁷²².

620. Outre la médiation/conciliation et l'arbitrage, on peut notamment relever parmi les variétés les plus courantes des procédés de règlement amiable, la “co-médiation”, la “last-offer mediation”, la “med-arb”, le

⁷¹⁷ G. CARLE, “L'A.D.R. a-t-elle un avenir en Belgique ? Quel rôle pour le juriste d'entreprise” in *Liber Amicorum*, Commission droit et vie des affaires, 40^{ème} anniversaire (1957-1997), Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 369.

⁷¹⁸ E. SHWARTZ, “La conciliation internationale et la C.C.I.”, *Bull. Cour int. d'arbitrage de la C.C.I.*, nov. 1994, p. 6, cité par G. KEUTGEN, “Médiation et conciliation en matière économique”, *J.T.*, 1999, p. 245.

⁷¹⁹ G. KEUTGEN, *ibidem*.

⁷²⁰ B. HANOTIAU, *op. cit.*, p. 142.

⁷²¹ La clause d'amiable composition donne une large liberté d'appréciation aux arbitres qui sont habilités à trouver une solution honnête et équitable sans être tenus d'appliquer strictement la règle du droit (G. CARLE, *op. cit.*, p. 365).

⁷²² G. DE LEVAL, *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé*, Liège, Ed. Coll. scientifique de la Faculté de Droit, 1992, p. 21, n° 7.

“conseiller neutre” et les “Dispute review board”, le “mini-trial” et la “tierce décision obligatoire”.

621. La “co-médiation” fait intervenir deux médiateurs qui ont en principe des compétences différentes et complémentaires dans la conduite des pourparlers.

622. La “last-offer mediation” est un procédé par lequel chacune des parties présente à un tiers une proposition, le tiers devant obligatoirement choisir l’une d’elle. Cette méthode a pour avantage d’inciter chacune des parties à soumettre une proposition raisonnable de crainte que le tiers ne tranche en faveur de la proposition de l’autre partie.

623. La “med-arb” se situe entre la médiation et l’arbitrage et vise le procédé par lequel les parties stipulent dans leur convention de médiation qu’à défaut d’accord des parties à l’issue de celle-ci, le conflit sera tranché soit par une transaction, soit par une sentence arbitrale, par le médiateur lui-même ou un tiers.

En cas de succès de la médiation, la possibilité de transformer l’accord obtenu devant le médiateur en sentence arbitrale pose problème au regard du principe du contentieux des attributions de l’arbitre. L’arbitre n’est valablement saisi qu’en cas de litige. Il ne peut acter la transaction par laquelle les parties mettent fin au litige qu’à la condition d’avoir été saisi de la contestation. Si les parties ont déjà résolu la contestation avec l’aide du médiateur, elles ne peuvent dès lors décider d’un arbitrage⁷²³.

En cas d’échec de la médiation, la légalité du cumul de la fonction de médiateur et d’arbitre se pose au regard du principe de l’impartialité de l’arbitre. En outre, elle risque de fausser le fonctionnement normal de la médiation par l’appréhension des parties de voir utilisées des pièces ou des informations fournies par celles-ci dans le cadre d’une procédure d’arbitrage, même si la confidentialité inhérente à la médiation interdit à l’arbitre d’utiliser dans la procédure arbitrale des éléments de fait et de preuve réunis au cours de la médiation. En revanche, si l’arbitre est distinct du médiateur, la question de son impartialité ne pose plus de problème. De même, le contentieux de ses attributions ne posera plus problème puisque, par hypothèse, la contestation n’a pas été résolue⁷²⁴.

⁷²³A. THILLY et J. VAN COMPERNOLLE, “Les modes de pacification extra-judiciaires, heurs et malheurs”, cité par X, *Les règlements judiciaires et extrajudiciaires des conflits commerciaux*, Commission droit et vie des affaires, 46^{ème} séminaire des 18 et 19 septembre 1997, Liège, Ed. Coll. scientifique de la Faculté de droit, 1998, p. 89.

⁷²⁴*Ibidem*, p. 90.

624. Le “*conseiller neutre*” est un expert neutre et impartial qui, pour prévenir les conflits qui pourraient survenir au cours de l’exécution d’un projet, donne des avis et recommandations qui ne lient pas les parties⁷²⁵. Dans une même optique, par les “*Dispute review board*”, les parties prévoient un collège de médiateurs indépendants qui traite des différends qui surgissent au cours de l’exécution même du contrat et donne des recommandations non contraignantes pour les parties⁷²⁶.

625. Le “*mini-trial*” permet aux parties, éventuellement assistées de leurs conseils, de simuler devant un animateur impartial un procès judiciaire afin qu’elles puissent ainsi évaluer les risques inhérents à leur litige et conclure une transaction acceptable négociée sous la conduite de l’animateur.

626. La “*tierce décision obligatoire*” suppose que les parties donnent pour mission à des tiers de procéder à une évaluation qu’elles s’engagent à accepter définitivement. L’évaluation est donc considérée comme un avis obligatoire ou contraignant. Pareil procédé doit être considéré comme une convention *sui generis* tirant sa force obligatoire de l’article 1134 du Code civil. Cet avis se distingue de la sentence arbitrale et ne peut donc être rendu exécutoire conformément à l’article 1710 du Code judiciaire. S’il n’est pas respecté, il ne peut donner lieu qu’à l’action judiciaire en exécution de la convention portant engagement de respect de l’avis du tiers⁷²⁷.

627. Nous venons de voir que les modes alternatifs de règlement des litiges constituent une catégorie ouverte dont le noyau central est l’existence d’un litige et l’intervention d’un tiers qui propose une solution acceptable pour les parties. Ces éléments sont l’essence même de la notion de médiation / conciliation. Dans le cadre de l’analyse de la transposition en droit interne de l’article 17, § 1^{er}, de la directive, nous développerons ce mode de résolution des litiges, autour duquel gravitent les autres modes ainsi que l’arbitrage qui constitue, d’une certaine manière, la forme la plus achevée des règlements extrajudiciaires des litiges.

⁷²⁵ J. EL-HAKIM, *op. cit.*, p. 349.

⁷²⁶ A. THILLY et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 65.

⁷²⁷ *Ibidem.*, p. 91.

II. L'ARTICLE 17, § 1^{ER}, DE LA DIRECTIVE: UNE OBLIGATION DE RÉSULTAT

“Les États membres veillent à ce qu'en cas de désaccord entre un prestataire de services de la société de l'information et le destinataire du service, leur législation ne fasse pas obstacle à l'utilisation des mécanismes de règlement extrajudiciaire pour le règlement des différends, disponibles dans le droit national, y compris par des moyens électroniques appropriés”.

628. Cet article vise à permettre un usage effectif des modes de règlement extrajudiciaire des litiges, en particulier, par voie électronique. Dans cette optique, le considérant n° 51 de la directive précise qu'il doit incomber à chaque État membre, le cas échéant, *“de modifier toute législation susceptible de gêner l'utilisation de mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges par les voies électroniques . Le résultat de cette modification doit être de rendre réellement et effectivement possible, en droit et dans la pratique, le fonctionnement de tels mécanismes, y compris dans des situations transfrontalières”*.

629. La directive oblige les États Membres à faire un examen de leur législation et à l'adapter, si nécessaire, afin de rendre possible en ligne le règlement extrajudiciaire des litiges. Nous avons vu qu'il existe toutes sortes de modes de règlement extrajudiciaire des litiges. Cependant, quelle que soit la forme que peuvent prendre ces modes, ils ne constituent généralement qu'une variante ou une combinaison des deux grandes catégories que sont la conciliation (médiation) et l'arbitrage. Il convient donc d'analyser ces deux catégories afin de déterminer dans quelle mesure les règles légales qui les régissent pourraient constituer un obstacle à leur utilisation par voie électronique.

A. Médiation/Conciliation

630. Si le point commun de toutes les médiations est la recherche d'une solution négociée, la notion de “médiation” recouvre des réalités différentes selon les domaines dans lesquels elle s'applique⁷²⁸. Le secteur privé ou public peut organiser en son sein une médiation entendue comme un mécanisme de traitement des plaintes des clients ou des

⁷²⁸ Voy. notamment le rapport fait au nom de la commission des pétitions par Mme J. SCHAUVLIÈGE sur l'inventaire des différents ombudsmans, services et autres institutions de médiation et coordination existant entre eux, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1999/2000, n° 690/1.

administrés. La médiation peut également être prévue par un texte législatif⁷²⁹.

631. D'une manière générale, la médiation peut être définie comme : *“un processus dynamique, un mode consensuel par lequel un tiers neutre (le médiateur) tente, au travers de l'organisation d'échange entre les parties volontaires, de permettre à celles-ci de confronter leurs points de vue, de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose et d'en assumer ainsi la responsabilité”*⁷³⁰. Hormis certaines exceptions dans des matières spécifiques⁷³¹ ou dans certains secteurs⁷³², la loi belge n'a pas encore défini de cadre juridique à la médiation. Cependant, on peut déjà relever que certains projets et propositions envisagent la modification du Code judiciaire afin d'y intégrer un ensemble de règles minimales applicables à la médiation. Le choix de cette intégration dans le Code judiciaire se justifie, d'une part, par la volonté que celui-ci s'applique à cette procédure, d'autre part, par le souci d'en assurer la pleine articulation avec les mécanismes judiciaires (notamment le titre exécutoire)⁷³³. Ces projets et propositions de loi démontrent une plus grande confiance en l'efficacité de la médiation en tant que mécanisme de règlement des litiges et une volonté d'intégrer davantage sa reconnaissance dans le système judiciaire belge.

632. La conciliation judiciaire est l'œuvre du juge lorsqu'il fait usage, à n'importe quel stade du procès, du pouvoir de conciliation qui fait partie de ses attributions⁷³⁴. Dans ce sens, les articles 731 et suivants du Code judiciaire organisent la procédure de conciliation. Selon ces dispositions, les parties qui le souhaitent peuvent soumettre leur demande au juge compétent (préalablement à sa saisine) en vue d'une conciliation. Dans certains cas, il y a même obligation de recourir à une tentative de conciliation avant les débats (art. 734 C. jud.). Les parties seront convoquées par le juge et si au cours de la comparution en conciliation un

⁷²⁹ Voy. notamment la loi du 22 mars 1995 instaurant des médiateurs fédéraux, *M.B.*, 7 avril 1995.

⁷³⁰ J. PROESMANS, “Le juge, l'avocat et la médiation”, Colloque du 21 janvier 2000 organisé par l'Association des juristes namurois, p. 3.

⁷³¹ Voy. la médiation pénale insérée par l'article 216ter du code de procédure pénale (loi du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale, *M.B.*, 27 avril 1994) et la fonction et le statut du médiateur de dettes, dans la loi du 5 juillet 1998 relative au règlement collectif de dettes et à la possibilité de vente de gré à gré de biens saisis, *M.B.*, 31 juillet 98.

⁷³² Loi du 19 décembre 1997 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques afin d'adapter le cadre réglementaire aux obligations en matière de libre concurrence et d'harmonisation sur le marché des télécommunications découlant des décisions de l'Union européenne, *M.B.*, 30 décembre 1997. Cette loi crée un service de médiation auprès de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications.

⁷³³ L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, “Quelles procédures pour le commerce électronique ?”, in X., *Le commerce électronique : un nouveau mode de contracter ?*, Liège, éd. du Jeune barreau, 2001, p. 325.

⁷³⁴ V. D'HUART, “La procédure de médiation”, cité dans X., *La médiation en matière commerciale*, Ed. du Jeune Barreau de Liège, 2000, p. 96.

accord intervient, celui-ci sera revêtu de la formule exécutoire (art. 732 et 733 C. jud.).

633. Parmi les différentes propositions de loi, l'une d'elles⁷³⁵ remplace l'intitulé du chapitre "de la conciliation" par "la conciliation et la médiation judiciaire". Elle a pour objectif principal de mettre fin à l'incertitude planant sur le pouvoir du juge, au début et en cours de procédure, de confier à un tiers une mission de conciliation. Elle vise également à permettre aux parties de saisir le juge sur pied de l'article 731 du Code judiciaire soit après avoir conclu un accord et ce, afin d'obtenir que celui-ci soit revêtu de la force de chose jugée, soit lorsqu'elles ne se sont accordées que sur la décision de recourir à la médiation.

634. Par l'insertion d'un alinéa complémentaire dans l'article 731 du Code judiciaire, la proposition de loi vise aussi bien la conciliation judiciaire qu'extrajudiciaire. Le premier alinéa de l'article 731 du Code judiciaire prévoit que *"toute demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction, peut être préalablement soumise, à la requête d'une des parties ou de leur commun accord, à fin de conciliation au juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction"*. Le deuxième alinéa dispose quant à lui, que *"sauf dans les cas prévus par la loi, le préliminaire de conciliation ne peut être imposé"*. La proposition de loi insère, entre ces deux alinéas, le texte suivant : *"De même lorsqu'en dehors de toute procédure, les parties ont pu se concilier et ont conclu une transaction répondant à chacune des conditions visées à l'alinéa 1^{er}"*.

635. La proposition de loi prévoit également la possibilité pour le juge de désigner, à tout état de la procédure et y compris en référé, un médiateur (art. 733 *bis* et 733 *ter*) dont elle fixe le statut (art. 733 *septies*) et les obligations (art. 733 *octies*). Enfin, elle organise la procédure de la médiation ordonnée par le juge (art. 733 *quater* à *decies*).

636. La proposition de loi utilise indistinctement les termes de médiation et de conciliation, de sorte qu'il n'y a pas de réelle différence de nature entre ces deux termes. La proposition de loi prévoit en effet la désignation d'une *"tierce personne (...) pour procéder à une médiation"*

⁷³⁵ Proposition de loi déposée le 24 février 1999 par M. A. DUQUESNE, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1998/1999, n° 2119/1, reprise par une proposition de loi déposée le 10 février 2000 par M. C. MICHEL, *Doc. Parl.*, Ch. Repr., sess. ord. 1999/2000, n° 464/1.

afin d'amener les parties à se concilier". Nous utiliserons donc ces termes indifféremment.

637. Dans le cadre du commerce électronique, la médiation sera une médiation commerciale qui peut être entendue comme le "*processus structuré à court terme par lequel les parties tentent de prévenir, de gérer ou de résoudre un litige grâce à l'intervention confidentielle d'un tiers indépendant et impartial qui sans disposer de pouvoir juridictionnel mais en utilisant des techniques de communication et des stratégies psychologiques élémentaires, tente d'amener les parties à un accord lequel se fonde soit sur les règles de droit soit sur l'équité résultant des échanges sur les intérêts des parties ou toute autre circonstance du litige*"⁷³⁶.

638. La médiation est nécessairement précédée d'un accord ou d'une référence à un règlement qui l'organise et investit le médiateur de sa mission. Etant donné qu'elle requiert l'adhésion libre et persistante des parties et la loyauté de celles-ci, la médiation peut être entamée à tout moment, tout comme les parties peuvent y renoncer à leur guise, à moins qu'une clause préalable de médiation n'ait été acceptée par les parties. Cependant, si les parties sont tenues à la mise en œuvre matérielle de la clause de médiation par une obligation de résultat, il n'y a aucune obligation quant à l'aboutissement de la médiation. En pratique, la partie qui refuse la médiation pourrait se voir contrainte à la mettre en mouvement. Si elle fait échouer directement la tentative de médiation ou refuse d'y collaborer loyalement, elle commettra un abus de droit ou manquera à son obligation d'exécution de bonne foi, ce qui sera, le cas échéant, sanctionné par un juge sous la forme d'une condamnation au paiement de dommages et intérêts⁷³⁷.

1. Procédure

639. La médiation se fonde sur la volonté des parties qui s'est exprimée soit avant la naissance du litige par l'insertion d'une clause dans le contrat, soit après la survenance du différend. Dans leur convention, les parties peuvent régler le processus de médiation (médiation *ad hoc*) ou, au contraire, se référer au règlement d'une institution (médiation institutionnelle).

⁷³⁶ A. THILLY et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 60.

⁷³⁷ V. D'HUART, *op. cit.*, pp. 87 et s.

640. Dans le cadre d'une conciliation judiciaire, les parties seront convoquées, par simple lettre du greffier, à comparaître aux jour et heure fixés par le juge (art. 732 C. jud.).

641. La médiation extrajudiciaire n'est pas soumise à des règles particulières de procédure, à l'exception du cas où les parties font référence à un règlement de médiation dont les dispositions s'imposeront à elles. Dans le contexte du commerce électronique, les parties préféreront une médiation extrajudiciaire en raison notamment de leur éloignement et du fait qu'elle a l'avantage de ne requérir aucun formalisme, d'être rapide et peu coûteuse. En effet, la médiation est avant tout un processus qui tend à rétablir le dialogue entre les parties. A cette fin, le médiateur dispose d'une large marge de manœuvre et du choix des moyens qu'il peut adapter à chaque cas d'espèce. La communication entre les parties ne doit pas nécessairement se faire au travers d'une rencontre physique mais elle peut également être réalisée par des échanges de courriers électroniques, par la création d'une session électronique personnelle aux parties en litige, etc. Cette absence de formalisme laisse la porte ouverte à la mise en place d'un mécanisme de médiation par voie électronique sans imposer de contrainte légale en termes de procédure, elle répond donc en ce sens, au vœu de la directive sur le commerce électronique

2. Valeur juridique de l'accord des parties en cas de succès de la médiation

642. La réussite de la médiation dépend avant tout de la volonté des parties en litige. En cas de succès d'une conciliation judiciaire, l'accord des parties est revêtu de la formule exécutoire.

643. Dans le cadre d'une conciliation extrajudiciaire, l'accord obtenu tire sa force obligatoire de l'article 1134 du Code civil⁷³⁸. S'il s'agit d'une transaction⁷³⁹, l'article 2052, alinéa 1^{er}, du Code civil lui confère autorité de chose jugée entre les parties. La transaction est définie par l'article 2044 du Code civil comme "*un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître*". Elle se distingue des autres institutions juridiques extinctives

⁷³⁸ L'article 1134 du Code civil prévoit que "*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*".

⁷³⁹ Basée sur un processus de concertation volontaire, la médiation n'aboutit pas nécessairement à une transaction, elle peut conduire à une reconnaissance, une renonciation, un abandon, etc.

d'action en ce qu'elle repose sur des concessions réciproques des parties⁷⁴⁰.

L'article 2044, alinéa 2, du Code civil requiert que la transaction soit rédigée par écrit. Cependant, cette exigence ne concerne que la preuve de la transaction et non son existence⁷⁴¹.

Enfin, il est utile de préciser que la transaction conclue par les parties ne possède pas la même autorité que celle d'un jugement. Elle constitue un titre juridique qui peut servir de base à une demande en justice, mais la décision judiciaire ne fait que ratifier l'accord intervenu entre les parties. Elle ne produit pas par elle-même une force exécutoire et n'est pas revêtue de l'autorité de chose jugée.

En cas de succès de la médiation par la conclusion d'une transaction, l'exigence d'un écrit est nécessaire à titre probatoire. En cas de médiation en ligne, la transaction se fera très probablement par cette même voie. Nous renvoyons pour la notion de l'écrit aux commentaires relatifs aux articles 9 et 18 de la directive sur le commerce électronique (voy. *supra*, n^{os} 376 et s. ; voy. aussi *infra*, n^{os} 706 et s.).

644. Lorsque l'intervention du tiers tend, non plus à proposer, mais à imposer une solution, nous sortons du cadre de la médiation/conciliation pour entrer dans celui de l'arbitrage.

B. Arbitrage

645. D'une certaine manière, l'arbitrage est la forme la plus achevée des règlements extrajudiciaires des litiges en raison de sa nature juridictionnelle, de l'autorité de chose jugée de sa sentence et de l'appui que doivent légalement donner les juridictions étatiques pour régler certains incidents ou pour rendre la sentence exécutoire⁷⁴².

646. La loi du 14 juillet 1972⁷⁴³ a inséré dans le Code judiciaire belge une sixième partie relative à l'arbitrage.

⁷⁴⁰ J. DE GAVRE, *Le contrat de transaction*, T.I, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 54.

⁷⁴¹ J. DE GAVRE, *op. cit.*, p. 366.

⁷⁴² J. LINSMEAU, "L'arbitrage sectoriel et les principes généraux du droit", cité dans X., *Les modes non judiciaires de règlement des conflits*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 39.

⁷⁴³ Loi du 14 juillet 1972 approuvant la Convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage, faite à Strasbourg le 20 janvier 1966 et introduisant dans le Code judiciaire une sixième partie concernant l'arbitrage, *M.B.*, 8 août 1972.

L'article 1676 du Code judiciaire dispose que *“tout différend déjà né ou qui pourrait naître d'un rapport de droit déterminé et sur lequel il est permis de transiger, peut faire l'objet d'une convention d'arbitrage”*. Une convention d'arbitrage est *“le contrat par lequel les parties décident de soustraire le litige qui les oppose à la compétence des tribunaux étatiques pour les soumettre à un ou plusieurs arbitres”*⁷⁴⁴.

647. Le Code judiciaire reconnaît formellement le caractère juridictionnel de l'arbitrage en soulignant les trois aspects fondamentaux de la fonction juridictionnelle : l'existence d'un litige né d'un rapport de droit déterminé, le recours à un tiers pour le trancher et ce, par une sentence à laquelle l'article 1703 du Code judiciaire confère l'autorité de chose jugée⁷⁴⁵.

1. Compromis et clause compromissoire

648. La convention d'arbitrage peut se présenter sous deux formes. Elle peut tout d'abord désigner l'objet du litige ainsi que le ou les arbitres, la convention porte alors le nom de compromis. Elle peut aussi simplement mentionner l'engagement des parties de soumettre à arbitrage les contestations qui peuvent naître entre elles et découler de telle convention ou de tel rapport de droit qu'elles indiquent. Dans ce second cas, elle constitue une promesse d'arbitrage appelée clause compromissoire. A la différence du compromis qui est un contrat indépendant, la clause compromissoire est un contrat accessoire qui se rattache à un contrat principal.

649. Pour exister et être valable, le compromis doit être conclu entre des personnes consentantes et capables de compromettre, porter sur les choses sur lesquelles on peut compromettre, contenir l'objet du litige et la désignation des arbitres et respecter certaines conditions de forme.

650. La distinction entre compromis et clause compromissoire, née sous le régime du Code de 1806 et pratiquée par la doctrine et la jurisprudence, n'a pas été opérée par la loi du 14 juillet 1972 qui ne mentionne que le terme de *“convention d'arbitrage”*. Cette convention recouvre les deux notions antérieures: engagement de soumettre à des arbitres désignés un litige déterminé (compromis) et promesse de compromettre (clause compromissoire).

⁷⁴⁴ J. LINSMEAU, *L'arbitrage volontaire en droit privé belge*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 35.

⁷⁴⁵ A. THILLY et J. VAN COMPERNOLLE, *op. cit.*, p. 87.

Contrairement à l'ancien régime, la loi du 14 juillet 1972 n'exige plus ni la mention de l'arbitre ou de son mode de désignation ni celle de l'objet du litige. Proche ainsi du régime de la clause compromissoire, la convention s'en distingue en ce qu'elle n'en a pas le caractère accessoire. L'article 1697, § 2, du Code judiciaire prévoit, en effet, que *“la constatation de la nullité du contrat n'entraîne pas de plein droit la nullité de la convention d'arbitrage qu'il contient”*.

651. Par la convention d'arbitrage, les parties s'engagent donc à se soumettre à la décision d'un tiers pour trancher un litige né et actuel, issu d'un rapport de droit déterminé. Si la convention d'arbitrage peut être conclue avant la survenance de la contestation (art.1676, § 1^{er}, C. jud.), ce n'est qu'une fois la contestation née que les arbitres pourront être saisis (art.18 et 1683, § 1^{er}, C. jud.).

2. Conditions d'existence et de validité de la convention d'arbitrage

L'existence et la validité de la convention d'arbitrage sont soumises à certaines conditions de fond et de forme qui sont édictées dans la sixième partie du Code judiciaire.

a) Conditions de fond de la convention d'arbitrage

652. Les exigences de fond relatives à une convention d'arbitrage sont les conditions de capacité ou de pouvoir des parties à transiger (art. 1676, § 2, C. jud.), de consentement (art. 1677 C. jud.), et d'objet (art. 1676, § 1^{er}, C. jud.). Les parties doivent en outre être placées sur pied d'égalité. L'article 1678, § 1^{er}, du Code judiciaire prévoit en effet que *“la convention n'est pas valable si elle confère à une partie une situation privilégiée en ce qui concerne la désignation de l'arbitre ou des arbitres”*. La sanction en cas de non-respect de ces conditions est la nullité de la convention ou de la sentence arbitrale (art. 1704 C. jud.).

653. En vertu de l'article 1676, § 1^{er}, du Code judiciaire, seuls les rapports de droit sur lesquels il est permis de transiger peuvent faire l'objet d'une convention d'arbitrage. Pour être valable, la convention doit donc porter sur un objet dont les parties peuvent disposer. Les matières sur lesquelles les parties ne peuvent transiger visent essentiellement les obligations alimentaires, l'état des personnes, les biens du domaine public, les droits et devoirs respectifs des époux, les contrats de mariage, les fonctions publiques et l'impôt. Dans le cadre du commerce électronique, les litiges portent sur des objets qui touchent essentiellement

à des matières commerciales ou financières dont les parties ont la libre disposition.

654. Dans le contexte d'un arbitrage en ligne, l'application de ces conditions ne rencontre donc pas d'obstacle particulier qui serait dû à la spécificité de l'utilisation des nouvelles technologies dans ce mode de règlement des litiges.

b) Conditions de forme de la convention d'arbitrage

655. Lorsque le droit belge est applicable, toute convention d'arbitrage doit faire l'objet d'un écrit signé des parties ou d'autres documents qui engagent les parties et manifestent leur volonté de recourir à l'arbitrage (art. 1677 C. jud.).

656. Pour certains auteurs, l'adhésion à une convention d'arbitrage doit être libre, ferme et certaine de sorte qu'un écrit est indispensable pour l'établir⁷⁴⁶. En revanche, selon l'opinion dominante, la conclusion de la convention d'arbitrage n'est soumise à aucune solennité, l'écrit la constatant n'étant requis que *ad probationem*⁷⁴⁷. Le défaut d'écrit n'affecterait donc pas la validité de la convention mais seulement la preuve de son existence, son absence n'étant pas sanctionné par la nullité de la convention d'arbitrage.

657. La référence aux "autres documents" mentionnés dans l'article 1677 du Code judiciaire doit être entendue dans son sens le plus large. Il peut notamment s'agir d'un échange de lettres, de télégrammes ou de toutes autres pièces même non signées que les tribunaux reconnaissent comme engageant les parties⁷⁴⁸. Les tribunaux ordinaires auront à apprécier la validité de l'engagement des parties de recourir à l'arbitrage et pourront vérifier eux-mêmes l'existence de cet accord. En outre, le développement croissant de la réglementation arbitrale aboutit à la nécessité de "déformaliser" et de permettre l'intentement d'une procédure arbitrale suite à un aveu ou une comparution volontaire des parties⁷⁴⁹.

⁷⁴⁶ J. LINSMEAU, "L'arbitrage sectoriel et les principes généraux du droit", *op. cit.*, p. 41 ; J. LINSMEAU et J. VAN GELDER, "La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *J.T.*, 1973, p. 208.

⁷⁴⁷ A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, 2^{ème} éd., Faculté de droit de Liège, 1987, p. 674 ; C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil, Tome I, Fonction et organisation judiciaires*, Bruxelles, Larcier, 1974, p. 229 ; M. HUYS, G. KEUTGEN, *L'arbitrage en droit belge et international*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 110.

⁷⁴⁸ A. FETTWEIS, *op. cit.*, p. 673.

⁷⁴⁹ P. DE BOURNONVILLE, "L'arbitrage", *Rép. Not.*, Tome XIII, Livre IV, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 96, n° 70.

Si une clause contractuelle des conditions générales d'une des parties à la convention prévoit le recours à l'arbitrage, l'opposabilité de cette clause ne dépendra pas des règles spécifiques à l'arbitrage mais des règles générales du droit des obligations et des contrats. Au regard de ces règles, les conditions générales peuvent contenir une convention d'arbitrage, à condition que celle-ci ait été clairement stipulée dans le contrat, qu'elle ait été effectivement portée à la connaissance des parties et que ces dernières y aient adhéré de manière libre et certaine⁷⁵⁰.

658. Toutefois, il est important d'être attentif à la portée de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs qui prévoit que sont notamment abusives les clauses ayant pour objet de *“supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur, notamment en obligeant le consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales”* (Annexe à la directive, point q). La Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur⁷⁵¹ ne reprend pas cette clause dans la liste qu'elle mentionne dans son article 32. Cependant, en vertu de l'article 31 de la LPC, qui définit une clause abusive comme *“toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties”*, une clause compromissaire qui aurait pour effet de placer le consommateur dans une situation particulièrement défavorable par rapport au professionnel pourrait être considérée comme abusive et, par conséquent, réputée non écrite⁷⁵².

⁷⁵⁰ B. DEMEULENAERE, “De tegenwerpelijheid van arbitrale clauses vervat in algemene contractvoorwaarden”, note sous sent. Arb., 20 janvier 1987, *D.C.C.R.*, 1989, pp. 122 à 129 ; J. LINSMEAU, “L'arbitrage sectoriel et les principes généraux du droit”, *op. cit.*, p. 43. Il convient de remarquer que la loi du 14 juillet 1972 qui introduit dans le Code judiciaire une sixième partie intitulée “L'arbitrage”, approuve la Convention européenne portant Loi uniforme en matière d'arbitrage. Les États ont estimé opportun d'adopter une loi uniforme (annexe 1 de la Convention) qui doit être introduite par chacun d'eux dans sa législation interne, dans les six mois de la date d'entrée en vigueur de la Convention à son égard. Chaque état peut cependant exclure certaines matières du domaine de l'arbitrage ou compléter et adapter la loi uniforme dans les matières non réglementées susceptibles de modification. La loi uniforme prévoyait que *“si, dans la convention d'arbitrage, les parties se sont référées à un règlement d'arbitrage, celui-ci est considéré comme inclus dans la convention”*. La loi belge a fait usage de la réserve prévue dans la loi uniforme pour ne pas reprendre cette disposition afin d'éviter que, par la simple référence à un règlement d'arbitrage, celui-ci soit considéré comme inclus dans la convention d'arbitrage et, partant, risque d'être à la source d'abus de la part du commerçant à l'égard du consommateur qui souvent ignore la portée de cette référence (J. LINSMEAU, “La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire”, *op. cit.*, p. 205 et M. HUYS et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 114).

⁷⁵¹ *M.B.*, 29 août 1991.

⁷⁵² L. GUINOTTE ET D. MOUGENOT, *op. cit.*, p. 323.

659. Les conditions de forme ainsi imposées par le code ne constituent pas un obstacle à la mise en place d'un arbitrage par voie électronique. En termes de preuve, la convention pourra être établie par tout document. Même si, contre l'avis de la doctrine dominante, un écrit signé des parties devait être exigé, cet obstacle hypothétique est levé par la loi du 20 octobre 2000 qui introduit dans notre droit la validité de la signature électronique et, partant, de l'écrit électronique (voy. *infra*, n^{os} 769 et s.).

3. Contenu de la convention d'arbitrage

660. Les parties ont toute liberté pour déterminer le contenu de la convention d'arbitrage. Elles veilleront à y indiquer le lieu, la langue, la procédure de l'arbitrage, le droit applicable et les arbitres ou leur mode de désignation.

4. Procédure relative à l'arbitrage

661. Le Code judiciaire n'envisage pas de manière expresse la possibilité pour les parties de faire référence à un arbitrage institutionnel. La convention d'arbitrage qui renvoie au règlement d'arbitrage⁷⁵³ d'une institution permanente est toutefois valable pour autant qu'elle respecte les conditions de l'article 1677 du Code judiciaire c'est-à-dire que la volonté des parties de recourir à l'arbitrage soit manifeste et clairement exprimée. L'article 1682 du Code judiciaire prévoit en effet que "*les parties peuvent, soit dans la convention d'arbitrage, soit postérieurement à celle-ci, désigner l'arbitre unique ou les arbitres ou charger un tiers de cette désignation*". Ce tiers peut donc être une institution d'arbitrage⁷⁵⁴.

662. La clause qui prévoit de manière certaine et non équivoque le recours à un organisme d'arbitrage implique nécessairement l'adoption par les contractants de son règlement d'arbitrage dont les dispositions font la loi des parties⁷⁵⁵. Si les parties font référence au règlement d'une institution permanente d'arbitrage, celui-ci est généralement suffisamment détaillé, de sorte que la détermination de la procédure par les parties n'est pas nécessaire.

663. Lorsque les parties n'entendent pas se référer au règlement d'arbitrage d'une institution, elles peuvent soit déterminer elles-mêmes

⁷⁵³ Un règlement d'arbitrage est "un document élaboré par une institution spécialisée en vue d'administrer ou superviser le déroulement d'une procédure arbitrale et auquel les parties se réfèrent conventionnellement pour le règlement de leur litige", P. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 82.

⁷⁵⁴ P. DE BOURNONVILLE, "L'arbitrage", *op. cit.*, p. 82, n° 46.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 83, n° 49.

les règles applicables à la procédure, soit renvoyer à un droit national (qui peut être différent de celui applicable au fond du litige), ou encore confier expressément ou tacitement aux arbitres le soin de déterminer ces règles.

Dans ce sens, l'article 1693, § 1^{er}, du Code judiciaire prévoit en effet que *“sans préjudice des dispositions de l'article 1694, les parties déterminent les règles de la procédure arbitrale ainsi que le lieu de l'arbitrage. A défaut de manifestation de volonté des parties dans le délai fixé par le tribunal arbitral, cette détermination incombe aux arbitres”*. Selon cette disposition, les règles de procédure sont donc librement déterminées par les parties, sous réserve du respect des droits de la défense prévus à l'article 1694 du Code judiciaire. L'article 1694 du Code judiciaire étant d'ordre public, les parties ne peuvent en délier l'arbitre⁷⁵⁶.

Par ailleurs, en raison de son pouvoir juridictionnel, l'arbitre est tenu de respecter les principes fondamentaux de toute procédure judiciaire, notamment le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense tels que précisés à l'article 1694, § 1^{er}, du Code judiciaire. Le respect de ces droits implique la possibilité pour chacune des parties de faire valoir ses droits et de présenter ses moyens. Il faut que chacune des parties ait eu la possibilité de prendre connaissance de toutes les pièces versées aux débats et que l'arbitre ne puisse fonder sa décision sur des pièces qui n'ont pas été communiquées à l'une des parties et sur lesquelles elle n'a pas pu faire valoir ses observations.

En soi, cette obligation ne présente pas de difficultés particulières du fait de l'utilisation de nouvelles technologies. Le mode de communication des arguments respectifs des parties importe peu, pourvu que la contradiction soit assurée. Dans le cadre d'un arbitrage en ligne, il est tout-à-fait concevable que les parties fassent valoir leurs observations et prennent connaissance des arguments et pièces adverses lors d'un échange électronique de documents, lors de débats dans le cadre d'un forum électronique ou encore oralement lors d'une vidéoconférence.

664. Le paragraphe 2 de l'article 1694 du Code judiciaire dispose que *“Le tribunal arbitral statue après débats oraux. Les parties peuvent être valablement convoquées par lettre recommandée, à moins qu'elles ne soient convenues d'un autre mode de convocation. Les parties peuvent comparaître en personne”*. Le paragraphe 3 du même article poursuit en précisant que *“La procédure est écrite lorsque les parties l'ont prévu ou dans la mesure où elles ont renoncé à des débats oraux”*.

⁷⁵⁶ M. HUYS et G. KEUTGEN, *op. cit.*, p. 123.

Dans le cadre d'un arbitrage par voie électronique, les débats ne seront en principe pas oraux, à moins de prévoir dans certains cas la vidéoconférence, mais cette technique est loin d'être accessible financièrement et techniquement à la majorité des consommateurs. Il semble donc peu souhaitable de l'envisager, mais il est nécessaire de tenir compte de cette particularité car *“à défaut d'accord entre les parties, la règle de l'oralité s'impose à l'arbitre de manière impérative”*⁷⁵⁷.

665. L'article 1694, § 3, du Code judiciaire prévoit que les parties peuvent renoncer aux débats oraux (en ce compris la comparution en personne) et par conséquent recourir à une procédure écrite. Lorsqu'elles décident de recourir à un arbitrage en ligne, on pourrait éventuellement considérer que les parties ont renoncé, au moins tacitement, aux débats oraux.

Cependant, même si la renonciation tacite à l'oralité des débats ne pouvait suffire, cette disposition ne constituerait pas un réel obstacle au règlement en ligne d'un litige puisque la seule volonté des parties suffit à supprimer cette condition d'oralité rendant ainsi la procédure écrite. A cet égard, outre le fait que la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour donner une interprétation très extensive de la notion d'écrit, la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire⁷⁵⁸ introduit dans notre droit la signature électronique et par là même, valide tous les actes de procédure pourvus de cette signature. En ce qu'elle reconnaît la validité de la signature électronique, la loi valide les écrits électroniques comportant une telle signature⁷⁵⁹.

5. Exigence d'un écrit

666. L'article 1701, § 4, du Code judiciaire dispose que la sentence est établie par écrit et signée par les arbitres⁷⁶⁰. Cela est d'autant plus important que le non-respect de cette disposition est sanctionné par l'annulation de la sentence en vertu de l'article 1704, § 2, h, du Code judiciaire.

⁷⁵⁷ P. DE BOURNONVILLE, *op. cit.*, p. 175.

⁷⁵⁸ M.B., 22 déc. 2000.

⁷⁵⁹ L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, “La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire”, document disponible en ligne sur le site : <http://www.droit-technologie.org..>, p. 9.

⁷⁶⁰ L'article 1702, § 1^{er}, du Code judiciaire précise que *“le président du tribunal arbitral notifie à chaque partie la sentence par l'envoi d'un exemplaire de celle-ci qui sera signé conformément à l'article 1701, alinéa 4”*.

667. D'autres dispositions dans le Code supposent également un écrit. C'est le cas notamment de l'intervention d'un tiers dans la procédure qui doit se faire par demande écrite adressée au tribunal arbitral (art. 1696 *bis* C. jud.). En outre, si lors de la procédure arbitrale, une transaction est conclue entre les parties, celle-ci peut être consignée dans un acte dressé par le tribunal arbitral et signé par les arbitres ainsi que par les parties (art. 1715 § 1^{er}, C. jud.).

668. La loi du 20 octobre 2000 introduit dans notre droit la signature électronique dont elle reconnaît la validité et partant, admet implicitement l'écrit électronique. En raison de cette loi, l'exigence d'un écrit ou d'un écrit signé ne nous semble pas constituer un obstacle à un arbitrage par voie électronique. Nous renvoyons sur les questions d'écrit et de signature aux commentaires des articles 9 et 18 de la directive (voy. *supra*, n^{os} 376 et s. ; voy. aussi *infra*, n^{os} 706 et s.).

6. Notification et dépôt

669. Plusieurs dispositions du Code judiciaire en matière d'arbitrage prévoient la nécessité d'une notification, notamment pour porter le différend devant le tribunal arbitral (art. 1683 C. jud.) ou pour communiquer la sentence arbitrale aux parties (art. 1702 C. jud.). L'article 32 du Code judiciaire précise qu'il faut entendre par notification "*l'envoi d'un acte de procédure en original ou en copie qui a lieu par la Poste, ou dans les cas déterminés par la loi, suivant les formes que celle-ci prescrit*". Cet article a été complété par la loi du 20 octobre 2000⁷⁶¹ qui ajoute à l'envoi par La Poste celui fait par télécopie ou par courrier électronique. Désormais partout où le terme notification apparaît dans le Code judiciaire, il faut considérer que le fax et le courrier électronique sont autorisés⁷⁶². L'obligation de notification ne constitue donc pas un obstacle à un arbitrage en ligne.

670. L'article 1702, § 2, du Code judiciaire prévoit le dépôt de la sentence au greffe du tribunal de première instance. Dans le cadre d'un arbitrage en ligne, cette disposition ne présentera pas de difficultés, étant donné que la loi du 20 octobre 2000 complète également l'article 32 du Code judiciaire par les alinéas suivants : "*Une communication, une notification ou un dépôt qui peuvent avoir lieu par lettre ordinaire,*

⁷⁶¹ Loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire, *M.B.*, 22 décembre 2000.

⁷⁶² L. GUINOTTE et D. MOUGENOT, "La loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire", *op. cit.*, p. 12.

peuvent également avoir lieu par télécopie ou par courrier électronique, pour autant que le destinataire indique un numéro de téléfax ou une adresse électronique ou les utilise régulièrement. Une communication, une notification ou un dépôt qui doivent avoir lieu par lettre recommandée à la poste, peuvent également avoir lieu valablement par télécopie ou par courrier électronique, pour autant que le destinataire fournisse un accusé de réception”.

7. Mesures d’instruction, audiences et réunions

671. Les arbitres bénéficient de tous les pouvoirs que les parties leur ont accordés dans l’exercice de leur mission. Ils jouissent dans l’exercice de leur juridiction, des mêmes pouvoirs que les juges. Ainsi, peuvent-ils ordonner une enquête, une expertise, une descente sur les lieux, une comparution personnelle des parties, recevoir le serment à titre décisoire ou le déférer à titre suppléatoire (art. 1696 C. jud.).

672. L’article 1693, § 2, du Code judiciaire dispose qu’à moins qu’il n’en n’ait été convenu autrement par les parties et après les avoir consultées, le tribunal arbitral peut tenir des audiences et réunions en tout autre endroit qu’il estime opportun. Le point 3 de ce même article précise que le président du tribunal arbitral règle l’ordre des audiences et dirige les débats. Dans l’environnement électronique, les audiences et réunions n’auront pas lieu par une rencontre physique des parties. L’audience est la séance d’un tribunal, elle doit permettre au justiciable d’être entendu avec intérêt et attention. Le terme réunion vise le rassemblement des parties afin de leur permettre d’échanger leurs arguments respectifs. Dans le cadre d’un arbitrage par voie électronique, la séance du tribunal arbitral et la réunion des parties pourraient se dérouler au travers d’un forum électronique.

673. Les mesures d’instruction peuvent mais ne doivent pas être prises ou ordonnées par l’arbitre. De même l’arbitre peut décider de tenir ou non des audiences et réunions. Dans le cadre d’un arbitrage par voie électronique, il est évident que l’arbitre décidera des mesures appropriées au cas d’espèce mais également au type de procédure mise en place pour accomplir son office. Ces mesures sont laissées à l’appréciation de l’arbitre et ne constituent donc pas en tant que telles un obstacle légal à l’accomplissement de sa mission.

8. Incidents de procédure et incidents relatifs à la preuve

674. Les arbitres connaissent de tous les incidents soulevés devant eux, à l'exception de ceux qui, par leur nature particulière, ne peuvent être réglés que par les tribunaux ordinaires. En effet, l'arbitre ne dispose d'aucun attribut de l'*imperium*. Dès lors, le recours à la juridiction étatique sera nécessaire pour régler certains incidents ou mettre en œuvre certains pouvoirs de contrainte de nature à diligenter la procédure arbitrale⁷⁶³.

D'une part, l'intervention du tribunal de première instance est requise, par exemple, pour contraindre un témoin à comparaître, prêter serment ou déposer ainsi que pour la vérification d'écriture ou encore en cas d'incident relatif à la production ou à la fausseté alléguée des documents (art. 1696 C. jud.) et ce, en raison de l'implication pénale de ces incidents⁷⁶⁴. Ces incidents de par leur nature particulière (susceptibles d'engendrer par exemple des poursuites pénales) restent en effet l'apanage des juridictions étatiques. Cette obligation de saisine des juridictions étatiques en ces matières s'applique à tout arbitrage et ne peuvent être considérées comme un obstacle légal spécifique à l'arbitrage par voie électronique.

D'autre part, le tribunal de première instance peut intervenir, notamment, en cas de désaccord entre les parties concernant la nomination, le remplacement, la récusation du ou des arbitres (art. 1684 à 1692 C. jud.). Le tribunal peut également statuer à la demande d'une des parties sur la fixation d'un délai dans lequel la sentence arbitrale doit être rendue à défaut de fixation par les parties (art. 1698 C. jud.). En cas d'arbitrage en ligne, notamment entre des parties éloignées géographiquement, ce recours au tribunal n'est pas en soi un obstacle car l'intervention du tribunal ne vise qu'à régler les incidents qui pourraient survenir dans le cadre de la procédure. Les parties devront veiller à ce que ces modalités soient réglées, éventuellement par le secrétariat du tribunal arbitral, afin de rendre la procédure plus flexible et mieux adaptée à l'environnement électronique afin de prévenir tout recours à l'intervention du tribunal.

⁷⁶³ J. VAN HOUTTE, "De rol van de rechter tijdens de arbitrale procedure", *R.W.*, 1992-1993, pp. 521 à 527, spéc. n° 16.

⁷⁶⁴ J. LINSMEAU et J. VAN GELDER, "La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *op. cit.*, p. 212. ; P. DE BOURNONVILLE, "L'arbitrage", *op. cit.*, p. 169, n° 198.

9. Conditions liées au tribunal arbitral

675. En cas d'arbitrage en ligne, il y aura lieu de s'assurer que les conditions s'appliquant aux personnes pouvant agir comme arbitre ainsi que celles régissant la composition du tribunal arbitral sont compatibles avec les dispositions du Code judiciaire (art. 1680 et 1681 C. jud.). Ces conditions ne nécessitent pas d'adaptation particulière dans le cadre d'un arbitrage par voie électronique mais il y aura lieu d'y rester attentif lors de la mise sur pied de ce mécanisme. Cela est d'autant plus important que la sentence arbitrale peut être annulée si elle a été rendue par un tribunal irrégulièrement constitué (art. 1704, f, C. jud.).

10. Clause d'amicable composition

676. L'amicable composition a pour fondement la renonciation conventionnelle des parties aux effets et aux bénéfices de la règle de droit. Elle n'est pas traitée de manière expresse par le Code judiciaire. Cependant, le législateur a voulu protéger les parties contre une acceptation trop rapide de cette clause en disposant qu'elles ne pourront conférer aux arbitres le droit de statuer en amiables compositeurs qu'après la naissance du litige (art. 1700 C. jud.) c'est-à-dire lorsqu'elles peuvent apprécier les avantages et inconvénients de la clause⁷⁶⁵.

En termes de procédure, l'amicable compositeur est en tout cas tenu de respecter les règles énoncées à l'article 1694 du Code judiciaire (respect des droits de la défense)⁷⁶⁶. Nous renvoyons sur ces questions aux développements ci-dessus (Voy. *supra*, n° 663).

C. Conclusions

677. L'objectif de l'article 17, §1^{er}, de la directive est de rendre le fonctionnement des mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges réellement et effectivement possibles. A cette fin, les Etats membres doivent examiner dans quelle mesure leur législation constitue ou non un obstacle au fonctionnement de tels mécanismes et ce, principalement dans un contexte électronique.

Au regard du droit judiciaire belge, la transposition de cette obligation semble trouver son écho dans l'absence d'obstacles juridiques à la mise en place d'un mode de résolution des litiges par la voie électronique.

⁷⁶⁵ G. CARLE, *op. cit.*, p. 365.

⁷⁶⁶ J. LINSMEAU et J. VAN GELDER, "La nouvelle loi sur l'arbitrage volontaire", *op. cit.*, p. 209.

En effet, la médiation est une procédure souple et non formaliste, elle tend idéalement à l'aboutissement d'un accord entre les parties sans s'encombrer de contraintes procédurales.

L'arbitrage est une procédure plus rigide à l'issue de laquelle l'arbitre, à l'instar du juge, tranche le litige. Le Code judiciaire donne un cadre juridique à l'arbitrage et lui consacre une sixième partie contenant les articles 1676 à 1723. Une première lecture de ces dispositions suscitent des questions quant à son adéquation à un arbitrage *en ligne*. Il y est, en effet, question d'écrit, de notification, de dépôt, d'audiences, de réunions, de descente sur les lieux, de l'intervention du tribunal de première instance, etc. Un examen plus approfondi de ces articles aboutit à la considération, nous semble-t-il, qu'ils ne constituent pas un obstacle juridique à la réalisation d'un arbitrage par voie électronique.

En effet, les obligations de notification, de dépôt ou d'écrit signé sont rencontrées par la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunications dans la procédure judiciaire et extrajudiciaire. En ce qui concerne la procédure, les parties et l'arbitre disposent d'une très grande liberté quant à son organisation, à la condition impérative toutefois de respecter les droits de la défense. Les parties et l'arbitre peuvent donc fixer et adapter les règles procédurales liées à l'arbitrage aux spécificités du litige. Enfin, à l'exception de certains incidents qui ne peuvent être soustraits à la juridiction étatique en raison de leur implication pénale, l'intervention du tribunal de première instance pour régler divers incidents dans le déroulement de la procédure arbitrale n'est que facultative. Il en est de même concernant les mesures d'instruction dont l'arbitre dispose dans l'accomplissement de sa mission.

Il nous semble que l'obligation européenne selon laquelle les Etats membres doivent veiller à ce que leur législation ne constitue pas une entrave au règlement extrajudiciaire des litiges par voie électronique est respectée par notre droit judiciaire et ne nécessite pas, dans l'état actuel du système, de modification législative.

III. L'ARTICLE 17, §§ 2 ET 3 : UNE OBLIGATION DE MOYENS

“Les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les litiges en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées”.

678. Dans un souci de protection des consommateurs et de bonne administration de la justice, la directive sur le commerce électronique insiste sur la nécessité pour les organes de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation d'appliquer les principes d'indépendance, de transparence, du contradictoire, de l'efficacité de la procédure, de la légalité de la décision, de la liberté des parties et de représentation dans le respect du droit communautaire⁷⁶⁷. Ces principes sont ceux cités dans la Recommandation du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation⁷⁶⁸ (ci-après “Recommandation 98/257/CE”).

679. Une version préliminaire de la directive imposait l'obligation pour les États membres de veiller à ce que les organes de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation appliquent ces principes⁷⁶⁹. L'obligation de veiller est devenue dans le texte définitif celle d'encourager. Néanmoins, on peut en déduire que cette obligation suppose une intervention active de la part des États membres. Cette idée ressort d'une version préliminaire de la directive qui fait référence à un “encadrement juridique dans les États membres de ces mécanismes de règlement de différends”⁷⁷⁰. Il s'agit donc d'une obligation de moyens en vertu de laquelle les États membres doivent mettre en place des mécanismes ou des ressources qui tendent à assurer le respect de ces garanties procédurales par les organes de règlement extrajudiciaire des litiges de consommation.

680. Afin de pouvoir évaluer l'impact de l'utilisation et de l'application de mécanismes de règlement extrajudiciaire de conflits dans le commerce électronique, le paragraphe 3 de l'article 17 dispose que “*les États Membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire des*

⁷⁶⁷ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, COM (1999) 427 final, p. 29.

⁷⁶⁸ Recommandation 98/257/CE de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, DG XXIV, 30 mars 1998, http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just02_fr.html.

⁷⁶⁹ Proposition modifiée de directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur, *op. cit.*, p. 29.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, p. 10.

litiges à communiquer à la Commission les décisions importantes qu'ils prennent en matière de services de la société de l'information ainsi que toute autre information sur les pratiques, les us ou les coutumes relatifs au commerce électronique".

A. Analyse des garanties procédurales

681. L'établissement de modes alternatifs de résolution des litiges en matière de consommation et le respect de garanties procédurales par les organes extrajudiciaires fait l'objet de préoccupations européennes depuis une dizaine d'années. Différents documents témoignent de cette attention:

- le Livre vert sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges de consommation dans le marché unique (1993) ;
- la Résolution du Parlement européen sur la communication de la Commission "plan d'action sur l'accès des consommateurs à la justice et le règlement des litiges (1996) ;
- la Communication de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (1998) ;
- la Recommandation de la Commission concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation (1998) ;
- La Communication de la Commission du 4 avril 2001 relative à "l'élargissement de l'accès des consommateurs aux autres systèmes de résolution des litiges" (2001) ;
- La Recommandation de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation (2001).

682. La Recommandation 98/257/CE tend à encourager le respect de certains principes essentiels par les organes offrant des modes alternatifs de règlement des litiges et ce, afin d'assurer la protection des droits des consommateurs et d'accroître leur confiance dans ces systèmes. Cette recommandation a fait l'objet d'une communication de la Commission le 30 mars 1998 sur la résolution extrajudiciaire des conflits de consommation⁷⁷¹. Les travaux préparatoires de la directive y font

⁷⁷¹ Communication de la Commission sur la "résolution extrajudiciaire des conflits de consommation" (COM (1998) 198), http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just01_fr.html

explicitement référence et précisent en outre que “*ces principes concernent uniquement les litiges de consommation*”⁷⁷².

683. Il nous semble intéressant d’analyser les principes de la Recommandation 98/257/CE avec la perspective d’envisager la mise sur pied d’un éventuel régime d’accréditation volontaire des différents organes offrant des services de résolution extrajudiciaire des conflits. Ce régime s’imposerait indistinctement aux organes agissant “*en ligne*” ou “*hors ligne*”.

684. L’examen que nous ferons des différents principes mentionnés par la Recommandation 98/257/CE s’inspire notamment de plusieurs rapports réalisés sur les modes alternatifs de résolution des litiges et qui sont le “*Trans Atlantic Consumer Dialogue*”⁷⁷³, “*Consumers International*”⁷⁷⁴ et le “*Global Business Dialogue on electronic commerce*”⁷⁷⁵.

1. Le principe d’indépendance

685. L’indépendance se caractérise par “*l’absence de liens, notamment hiérarchiques ou financiers avec les parties, et l’absence d’intérêt personnel à la solution du litige*”⁷⁷⁶. Elle suppose une impartialité entendue comme “*la faculté que doit avoir l’arbitre, ne fût-il point parfaitement neutre, d’examiner en toute objectivité les éléments qui lui sont soumis par les parties et d’en tirer les conséquences, en toute conscience, sur le plan de la solution à donner au litige, sans se laisser influencer par le sentiment de connivence qu’il peut éprouver, par exemple, avec la partie qui l’a désigné*”⁷⁷⁷ ou dans un même sens comme “*le fait de n’être pas favorablement ou au contraire défavorablement prédisposé à l’égard de l’une ou de l’autre des parties au procès*”⁷⁷⁸.

686. La Recommandation 98/257/CE prévoit explicitement que l’indépendance en matière de résolution extrajudiciaire des conflits de consommation est nécessaire dans le chef du tiers intervenant qui aide les

⁷⁷² Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects juridiques du commerce électronique dans le Marché intérieur, commentaire article par article, COM (1998) 586 final, p. 32.

⁷⁷³ *Alternative Dispute Resolution in the Context of Electronic Commerce*, February, 2000, <http://www.tacd.org/papers/ecommerce/Ecom-12-00.rtf>

⁷⁷⁴ Consumers International, “*Disputes in Cyberspace. Online Dispute resolution for consumers in cross-border disputes – an international survey*”, <http://www.consumersinternational.org/campaigns/electronic/sumadr-final.html>, p. 3.

⁷⁷⁵ *Alternative Dispute Resolution and e-Confidence, Recommendations*, 24 August 2000.

⁷⁷⁶ *Ibidem*, p. 54, n° 24.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, p. 53, n° 23.

⁷⁷⁸ J. LINSMEAU, “*L’arbitrage sectoriel et les principes généraux du droit*”, *op. cit.*, p. 53, n° 23.

parties à trouver une solution ou qui rend lui-même une décision. A cet égard, elle précise en effet que :

“Lorsque la décision est prise de façon individuelle, cette indépendance est notamment garantie par les mesures suivantes :

- La personne désignée doit posséder la capacité, l’expérience et la compétence nécessaire notamment en matière juridique.*
- La personne désignée doit jouir d’un mandat d’une durée suffisante pour assurer l’indépendance de son action sans pouvoir être destituée sans juste motif.*
- Lorsque la personne désignée est nommée ou payée par une association professionnelle ou par une entreprise, elle ne doit pas avoir travaillé au cours des trois dernières années précédant son entrée en fonction, pour cette association professionnelle ou un de ses membres pour l’entreprise en cause.*
- Lorsque la décision est faite d’une façon collégiale, l’indépendance de l’organe responsable pour la prise de décision peut être assurée par la représentation paritaire des consommateurs et des professionnels ou par le respect des critères énoncés ci-dessus”*

687. Le médiateur doit être compétent et connaître la matière sur laquelle porte le litige. Idéalement, il a une expérience suffisante en matière judiciaire ou arbitrale pour assister utilement les parties. Il doit faire preuve de neutralité et d’indépendance et justifier d’une grande souplesse pour recevoir la confiance des parties. Il ne peut avoir d’intérêt personnel dans l’affaire et ne peut avoir de liens fonctionnels qui puissent faire douter les parties de son objectivité dans le traitement du litige. La procédure de médiation est souple, elle aboutit idéalement à un accord entre les parties. L’arbitre comme le médiateur doit être compétent et connaître la matière sur laquelle porte le litige. Il doit également être neutre, impartial et indépendant. Par contre, la procédure d’arbitrage est plus rigide, l’arbitre ayant un rôle de juge dans la mesure où il rend une décision qui s’impose aux parties.

688. La Recommandation 98/257 ne vise pas expressément l’indépendance de l’organe responsable de la gestion des plaintes et de leur transmission à ces tiers intervenants. Elle n’en semble pas moins indispensable dans la mesure où cet organe semblable à un greffe ou un secrétariat est dans certains cas chargé de nommer les tiers intervenants, d’assurer le suivi des plaintes, etc. L’indépendance de cet organe est par conséquent essentielle.

689. En matière de conflits de consommation, les montants en jeu seront généralement peu élevés. Il est unanimement reconnu tant par les associations de consommateurs que par les associations de professionnels que la participation financière des consommateurs à la mise en œuvre du mécanisme de règlement du litige doit être limitée voir inexistante⁷⁷⁹. On peut raisonnablement penser que la compensation financière viendra du secteur professionnel. Ce type de financement risque cependant de mettre en cause la réelle indépendance de l'organe. Il nous semble qu'à ce niveau, l'autorité publique a un rôle important à jouer, par exemple, par l'octroi de subventions.

2. Principe de transparence

690. La Recommandation 98/257/CE dispose que :

“Des moyens appropriés sont instaurés afin de garantir la transparence de la procédure. Ces moyens comportent :

1) la communication par écrit ou sous toute autre forme appropriée, à toute personne qui le demande, des informations suivantes :

- une description précise des types de litiges qui peuvent être soumis à l'organe ainsi que les limites éventuellement existantes par rapport à la couverture territoriale et à la valeur de l'objet des litiges ;*
- les règles relatives à la saisine de l'organe, y compris les démarches préalables éventuellement imposées au consommateur ainsi que d'autres règles procédurales, notamment celles relatives au caractère écrit ou oral de la procédure, à la comparution personnelle et aux langues de la procédure ;*
- le coût éventuel de la procédure pour les parties, y compris les règles concernant le partage des frais à l'issue de la procédure ;*
- le type de règles sur lequel se fondent les décisions de l'organe (dispositions légales, équité, codes de conduite, etc.) ;*
- les modalités de prise de décision au sein de l'organe ;*
- la valeur juridique de la décision, en précisant clairement si elle est ou non de nature contraignante, pour le professionnel ou pour les deux parties. Si la décision est d'une nature contraignante, les sanctions applicables en cas de non-respect de la décision doivent être précisées. Il en est de même des voies de recours éventuellement existantes pour la partie qui n'a pas obtenu satisfaction.*

⁷⁷⁹ Voy. les études sus-mentionnées du TACD, Consumers International, GBDe et la Recommandation 98/257CE de la Commission européenne.

2) La publication, par l'organe compétent, d'un rapport annuel relatif aux décisions rendues, permettant d'évaluer les résultats obtenus et d'identifier la nature des litiges qui lui ont été soumis”.

691. La condition d’assurer la transparence des services extrajudiciaires de résolution des conflits en matière de conflit de consommation sur l’internet ne semble pas poser de problème majeur. La priorité devra être donnée à la mise à disposition de l’information requise au moyen des technologies de l’information. Il faudra cependant veiller à ce que cette information puisse être fournie par d’autres moyens afin d’informer également ceux qui n’ont pas un accès facile et régulier à ces technologies.

692. Il faudra également être attentif à ne pas communiquer trop d’informations au risque de supprimer l’objectif de transparence. L’information doit par conséquent être claire et compréhensible pour le consommateur qui n’est pas familier aux modes extrajudiciaires de résolution des conflits.

693. Enfin, il faut insister sur l’intérêt de la publication par l’organe d’un rapport annuel. L’autorité publique devra veiller à la diffusion de ce rapport sur l’internet. A l’instar de ce que la Commission européenne publie sur son site en matière d’accès à la justice, les centres de modes alternatifs de résolution des litiges en Belgique pourraient être invités à publier un ensemble d’informations sur le site même de l’autorité publique⁷⁸⁰.

3. Le principe du contradictoire

694. La recommandation 98/257/CE mentionne que :

“La procédure à suivre comporte la possibilité, pour toutes les parties concernées, de faire connaître leur point de vue à l'organe compétent et de prendre connaissance de toutes les positions et de tous les faits avancés par l'autre partie ainsi que, le cas échéant, des déclarations des experts”.

Ce principe ne semble pas poser de problème quant à son application en ligne, si ce n’est la possibilité pour les parties d’avoir recours au “caucus”⁷⁸¹ en matière de médiation. Il semble toutefois que les “caucus”

⁷⁸⁰ DG Sanco, *Organes extrajudiciaires responsables pour la résolution des conflits de consommation*, http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/acce_just/acce_just04_fr.html

⁷⁸¹ Le “caucus” utilisé dans certaines médiations permet au médiateur d’avoir une entrevue confidentielle avec une des parties.

sont peu fréquents en matière de médiation concernant des litiges de consommation.

4. Le principe de l'efficacité

695. La Recommandation 98/257/CE précise que :

“L'efficacité de la procédure est assurée par des mesures garantissant:

- l'accès du consommateur à la procédure, sans être obligé d'utiliser un représentant légal ;*
- la gratuité de la procédure ou la fixation de coûts modérés ;*
- la fixation de délais courts entre la saisine de l'organe et la prise de la décision ;*
- l'attribution d'un rôle actif à l'organe compétent, lui permettant de prendre en considération tout élément utile à la résolution du litige”.*

696. Le caractère accessible de la procédure implique une simplicité d'utilisation. Si la procédure de médiation semble accessible pour un consommateur sans qu'il doive recourir à l'assistance d'un représentant légal, il n'en va pas de même pour l'arbitrage. La procédure d'arbitrage est plus compliquée et ses implications différentes.

697. La gratuité de la procédure ou des faibles coûts est un des points les plus sensibles de cette recommandation. Il est vrai que les conflits de consommation concernent généralement des montants peu élevés. Le consommateur n'est pas prêt à payer un service qu'il considère comme lui étant acquis à savoir la reconnaissance de ses droits. Il s'agit ici pour l'autorité publique de poser ou non un acte politique consistant à soutenir financièrement un organe de résolution des litiges en matière de conflit de consommation et plus précisément des litiges de consommation sur l'internet.

698. La résolution en ligne des litiges devrait assurer la rapidité de la procédure. En matière d'arbitrage, cependant, il faudra veiller à ne pas encourager de procédures trop rapides au mépris du principe du contradictoire.

5. Le principe de légalité

699. La Recommandation 98/257/CE dispose que :

“La décision de l'organe ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions

impératives de la loi de l'état sur le territoire duquel l'organe est établi. S'agissant de litiges transfrontaliers, la décision de l'organe ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, dans les cas prévus à l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Toute décision est motivée et communiquée par écrit ou sous toute autre forme appropriée aux parties concernées, dans les meilleurs délais”.

La rédaction de ce principe est particulièrement malheureuse et prête à confusion. Doit-on déduire du texte que le consommateur bénéficie au minimum des dispositions impératives de la loi sur le territoire duquel l'organe est établi et des dispositions impératives de la loi de l'État membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ces lois pouvant être éventuellement contradictoires ? Doit-on également supposer qu'une différence est établie entre un litige national et un litige transfrontière ? Dans le doute, il semble plus adéquat de privilégier l'interprétation la plus classique selon laquelle la décision de l'organe ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État membre dans lequel il a sa résidence habituelle.

La communication électronique de la décision motivée doit pouvoir être acceptée suivant ce principe qui prévoit la communication par écrit ou *sous toute autre forme appropriée* dans les meilleurs délais de la décision.

6. Le principe de liberté

700. La Recommandation 98/257/CE prévoit que :

“La décision de l'organe ne peut être contraignante à l'égard des parties que si celles-ci en ont été préalablement informées et l'ont expressément accepté.

L'adhésion du consommateur à la procédure extrajudiciaire ne peut pas résulter d'un engagement antérieur à la naissance du différend, lorsque cet engagement a comme effet de priver le consommateur de son droit de saisir les juridictions compétentes pour le règlement judiciaire du litige”.

Ce principe insiste tout d'abord sur le caractère volontaire du recours aux modes extrajudiciaires de résolution des conflits. Il est étroitement lié au

principe de transparence des services offerts par l'organe de résolution extrajudiciaire des conflits. Ensuite, il prévoit que le consommateur ne peut être lié par une clause d'arbitrage qu'il aurait contractée avant la naissance du litige. *A contrario*, le consommateur semble pouvoir être lié par l'acceptation d'une clause de médiation ou de conciliation conclue avant la naissance du litige.

7. Le principe de représentation

701. La Recommandation 98/257/CE prévoit que :

“La procédure ne peut pas priver les parties du droit de se faire représenter ou accompagner par un tiers à tout stade de la procédure”.

Dans l'hypothèse de la résolution des conflits en ligne, ce principe doit déboucher sur la possibilité notamment au niveau technique pour un tiers (un proche, un avocat, une association de consommateurs ou de professionnels) de représenter ou d'accompagner les parties.

B. Encouragement par les États membres

702. En Belgique, de nombreux centres de médiation et/ou d'arbitrage existent. Parmi ceux-ci, on peut relever notamment pour le secteur commercial : le Centre Belge d'Arbitrage et de Médiation (CEPANI)⁷⁸², le *Brussel Business Mediation Center* (BBMC), l'Institut Wallon de la Médiation Economique (IWAMECO). En ce qui concerne les litiges de consommation, peuvent être entre autres mentionnées: la Commission de litiges de voyages, la Commission de litiges meubles, la Commission d'arbitrage Consommateurs-Entreprises de l'entretien du textile, la Commission de conciliation pour véhicules d'occasion.

Par ailleurs, il existe des médiateurs privés tels que l'Ombudsman pour les clients des banques, l'Ombudsman de l'Union Professionnelle des Entreprises d'Assurances (UPEA), l'Ombudsman pour les clients des sociétés de bourse d'Anvers et de Bruxelles.

En outre, des médiateurs ont été institués auprès des entreprises publiques autonomes telles que le Service de médiation auprès de La Poste, le

⁷⁸² Le CEPANI créé le 25 septembre 1969 sur l'initiative du Comité national belge de la Chambre de Commerce Internationale et de la fédération des Entreprises de Belgique, propose aux justiciables plusieurs formes de règlement des litiges visant la conciliation, l'arbitrage, l'expertise technique, l'adaptation des contrats et le *“mini-trial”* auxquelles les parties peuvent se référer dans leurs conventions. Cet organisme a élaboré un règlement qui semble offrir les garanties fondamentales que l'on peut exiger notamment de la procédure arbitrale.

Service de médiation pour les télécommunications, le Service de médiation auprès de la SNCB.

Enfin, le secteur public a également ses propres médiateurs qui sont le Collège des médiateurs fédéraux, le Service du médiateur de la Région wallonne, de *Vlaamse Ombudsdienst*, le Délégué général de la Communauté française aux droits de l'enfant ainsi que plusieurs médiateurs communaux.

703. Afin d'encourager les différents organes de règlement extrajudiciaire des litiges à respecter les garanties procédurales l'État pourrait mettre sur pied un mécanisme d'accréditation volontaire (pas d'autorisation), le cas échéant par voie d'arrêté royal. Les centres qui le souhaitent seraient soumis au contrôle de l'État ou d'une instance qu'il déléguerait à cette fin. L'accréditation pourrait être invoquée par ces organes afin d'assurer les justiciables de leur sérieux et de leur fiabilité. Le contrôle pourrait porter sur les modalités de fonctionnement de ces organes, la désignation des médiateurs et arbitres, etc.

Une autre mesure d'encouragement consisterait en l'octroi de subsides aux organes accrédités. En outre cette subvention renforcerait l'impartialité des arbitres et médiateurs en évitant que ceux-ci soient rémunérés essentiellement par le secteur professionnel. Enfin, un tel système de subventions rendrait l'accès à ces procédures moins onéreux pour le consommateur.

704. L'octroi de l'accréditation ou des subsides soumettrait l'organisme responsable du règlement extrajudiciaire des litiges à l'obligation d'établir, à l'instar de l'ombudsman dans le secteur bancaire un rapport annuel contenant les décisions rendues en la matière sans toutefois que les parties en cause ne puissent être identifiées.

IV. Conclusion

705. Les mécanismes de règlement extrajudiciaire des litiges sont nés de la déception suscitée par les modes juridictionnels. Ils ont d'abord connu un important succès aux Etats-Unis avant de gagner le continent européen.

L'engouement pour ces mécanismes trouve sa source dans deux constats: la difficulté d'accès à la justice et l'insuffisance d'efficacité ou

d'adaptation des mesures judiciaires et extrajudiciaires au commerce électronique.

D'une part, l'accès à la justice se heurte généralement à deux types d'obstacles: l'un, financier, et l'autre, socio-culturel et psychologique lorsque le litige présente un ou plusieurs éléments transfrontières. L'obstacle financier que rencontre le justiciable, généralement un consommateur, réside dans la disproportion entre la valeur limitée de l'affaire et le coût d'une procédure judiciaire qui l'incite souvent à renoncer à faire valoir ses droits. Les barrières socio-culturelles et psychologiques qui se présentent dans les situations transfrontières se situent, quant à elles, dans la difficulté d'intervenir localement en cas de litige avec un prestataire établi dans un pays autre que celui dans lequel réside le consommateur. En outre, les difficultés linguistiques sont susceptibles de poser des problèmes. En effet, s'il est relativement aisé de choisir et de payer un objet dans une autre langue, tout autre est l'expression de son insatisfaction. Enfin, le manque de connaissance des droits étrangers et du fonctionnement du système judiciaire des autres Etats décourage le consommateur d'intenter une action afin de faire reconnaître ses droits.

D'autre part, certaines mesures judiciaires ou extrajudiciaires ne sont pas toujours adaptées pour faire face aux litiges sur l'internet de telle sorte que les prestataires hésitent à fournir des services et les destinataires ou consommateurs à les utiliser.

L'Europe, consciente que le commerce électronique ne peut se développer sans la confiance des consommateurs, insiste sur la nécessité pour les consommateurs de pouvoir régler leurs litiges de manière efficace et adéquate par des procédures extrajudiciaires, le cas échéant, par voie électronique.

En raison principalement de leur souplesse, de leur flexibilité et de leur coût peu élevé, les modes alternatifs de résolution des litiges semblent constituer une réponse adéquate aux difficultés que rencontrent les justiciables pour accéder à la justice. Toutefois, il est important de souligner que si ces modes offrent des avantages très intéressants, particulièrement dans le domaine du commerce électronique, ils comportent également certains risques comme, par exemple, la mise à l'écart des règles de preuve et du droit matériel ou le non respect de garanties procédurales essentielles à une bonne administration de la justice. Si la Commission européenne s'étend sur ces garanties, il faut

cependant rester attentif à leur réelle application par les organes de règlement extrajudiciaire des litiges.

Enfin, il existe également un danger de confusion dans l'esprit du justiciable entre les règlements judiciaires et extrajudiciaires des litiges. Il est donc nécessaire d'insister sur les différences fondamentales qui existent entre eux, pour, d'une part, éviter la confusion et, d'autre part, préserver l'efficacité et l'autonomie de ces modes alternatifs de résolution des conflits.